الحماية المدنية للوقف
(دراسة في القانون الكويتي)

الدكتور أنور أحمد الفزيع
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة:

لعب الوقف دورا مهما في حياة الأمة الإسلامية منذ بزوغ فجر الإسلام إلى وقتنا الحاضر. فلم يقتصر دوره على إنشاء دور العبادة وإشباع حاجات الفقراء والمساكين وإنما تعداها إلى العناية بالعلم والتطبيب وأعمال البر والخير بشكل عام[(١)].

ويتسابق الناس في الوقف لأسباب كثيرة لعل من أهمها هو تحقيق رضا الرب عز وجل والاستمرار في الحصول على الأجر منه بعد الممات لحديث المصطفى ﷺ... «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له».

وأول وقف ديني في الإسلام هو مسجد قباء الذي أسسه النبي صلى الله عليه وسلم ثم المسجد النبوي. وأول وقف خيري في الإسلام هو وقف النبي صلى الله عليه وسلم لسبع بساتين بالمدينة كانت لرجل يهودي اسمه مخيريق قتل وهو يقاتل مع المسلمين في واقعة أحد، وأوصى - إن قتلت - فأموالي لمحمد يضعها حيث أراد الله تعالى، فقتل يوم أحد وهو على

(١) د. عبدالملك أحمد السيد، الدور الاجتماعي للوقف، وقائع الحلقة الدراسية لتثمير ممتلكات الأوقاف التي عقدت بجدة ١٩٨٤، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الطبعة الأولى، ص ٢٢٧ وما بعدها.

يهوديته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم (مخيريق خير يهود) وقبض النبي صلى الله عليه وسلم البساتين السبعة فتصدق بها - أي وقفها، ثم تلاه وقف سيدنا عمر بن الخطاب وهو ثاني وقف في الإسلام، ثم تتابعت بعد ذلك أوقاف الصحابة - أبو بكر وعثمان وعلي وغيرهم.(٢)

ثم كثرت الأوقاف في الحجاز وغيرها من ديار الإسلام المفتوحة وخاصة في العراق ومصر والشام. وكان أول من فكر في تنظيمها هو القاضي ثوبة بن نمير قاضي الخليفة هشام بن عبدالملك على مصر. وقد وضعت الأوقاف تحت إشراف القاضي وتبعت ديوان القضاء، فكان القضاة يتفقدونها ويأمرون بإصلاحها وترميمها إن وجدت حاجة إلى ذلك(٣).

وقد تناولت كتب فقه الشريعة الإسلامية قديمها وحديثها أحكام الوقف بالشرح والبيان، ولا يبدو أن هناك حاجة إلى المزيد من البحث في أحكام الوقف الشرعية اللهم إلا فيما يتعلق ببعض المسائل المستحدثة كوقف الأسهم وبراءات الاختراع وحقوق المؤلف وغيرها من مسائل العصر.

وإذا ألقينا النظر على كتب فقهاء القانون الوضعي لم نجد أنهم أولوا أهمية خاصة للمسائل القانونية ذات الصلة بالوقف في الوقت الذي اختص فيه القانون المدني الوقف ببعض الأحكام الرامية إلى حمايته. ولعلَ سبب هذا هو عدم خضوع أحكام الوقف لمدونة القانون المدني، ومن ثم، اختصاص المحاكم الشرعية بالمسائل المتعلقة بالوقف.

وحيث إن أموال الوقف تحتاج إلى الحماية القانونية باعتبار أنها أموال خرجت من ملك الواقف وأصبحت لها شخصية معنوية مستقلة مما يعرضها للإهمال وإساءة استخدامها أو للاستحواذ عليها أو استغلالها بأبخس الأثمان، وحيث إنها ليست أموالا عامة وبالتالي فإنها لا تستفيد من الحماية المقررة للأموال العامة، فإن الأمر يقتضي معرفة كيفية حمايتها كي تؤدى الغرض من إنشائها.

---

(٢) برهان الدين بن إبراهيم بن أبي بكر الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، طبعة دار الرائد العربي، ص٩ وما بعدها.

(٣) د. عبدالملك أحمد السيد، مرجع سابق، ص ٢١٦.

والحقيقة أن الوقف في الكويت مازال خاضعا للأمر السامي بتطبيق أحكام شرعية خاصة بالأوقاف والصادر في الخامس من أبريل عام ١٩٥١. وقد مضى وقت طويل على تطبيق أحكامه وبانت فيه بعض العيوب في الواقع العملي مما يقتضي تدخلا تشريعيا جديدا لمواكبة التطور وتأكيد حماية الوقف. وقد قرر مجلس الوزراء الموقر في ١٩ فبراير ١٩٧٧ إنشاء لجان يكون مهمتها اقتراح تشريعات جديدة بالنسبة للمسائل التي لم ينظمها القانون الكويتي واقتراح تعديل التشريعات القائمة بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقا لهذا القرار شكلت لجنة لوضع قانون لمسائل الأحوال الشخصية. وقد اقترحت اللجنة المذكورة قانونا خاصا للوقف في فبراير ١٩٧٩ اشتمل على خمس وخمسين مادة مستهديا بقوانين الوقف في الدول العربية وما درجت عليه أحكام القضاء الكويتي، ولم يصدر هذا المشروع بقانون إلى يومنا هذا[٤].

خطة البحث:

ولذا سوف نقوم بدراسة الحماية المدنية للوقف على ضوء الأحكام الخاصة به في القانون المدني وكذلك أحكام الأمر السامي الصادر في عام ١٩٥١ في شأن الوقف مع بيان ما هو مقترح في مشروع قانون الوقف.

وقد اقتصرت على دراسة الجوانب القانونية للحماية المدنية للوقف، ولم أتعمق في دراسة الجوانب الشرعية لأنها أشبعت بحثا وكثرت فيها المؤلفات والدراسات، ولم أتطرق إلى الجوانب الشرعية إلا حينما دعت الحاجة إلى ذلك مستكفيا بما هو معتمد في المذاهب الأربعة من خلال ما كتبه الفقهاء المحدثون.

وعلى العموم فإن الوقف يحتاج إلى الحماية عند إنشائه (الباب الأول) وأثناء حياته (الباب الثاني) وعند مماته (الباب الثالث).

---

(٤) د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص٤٧٧.

الباب الأول
الحماية المدنية للوقف عند إنشائه

مما هو معلوم أن الوقف تصرف قانوني بإرادة منفردة وهي إرادة الواقف. وينعقد الوقف بإرادة الواقف ودون الحاجة إلى قبول الموقوف عليهم بلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية(٥). وإنما يكمن الخلاف فيما إذا كان الموقوف عليهم معينين، **فالحنفية والمالكية يرون اشتراط القبول وإلا لم ينعقد الوقف(٥-١). ويرى الشافعية أن قبول المعين شرط لازم، أما الحنابلة فلهم قولان في اللزوم وعدمه(٥-٢).**

وهذا الخلاف لا يقدح في أصل المسألة وهي اتفاق الفقهاء على أن قبول الموقوف عليهم كأصل عام ليس ركنا للوقف، ويستثنى من ذلك حالة كون الموقوف عليهم معينين، وهو استثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وقد أخذ مشروع قانون الوقف بالرأي القائل بعدم اشتراط قبول الموقوف عليهم سواء أكانوا معينين أم غير معينين (مادة ٤٨).

---

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، الطبعة الثانية، ١٩٦٦، مكتبة مصطفى الحلبي، ج٤، ص ٤٩٨؛ أبي البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، المكتبة التجارية الكبرى، توزيع دار الفكر، ج٤، ص ٨٨؛ ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ١٩٨٣، ج٦، ص ١٨٨.

(٥-١) د. حسن عبدالله الأمين، الوقف في الفقه الإسلامي، وقائع الحلقة الدراسية لتثمير ممتلكات الأوقاف التي عقدت بجدة ١٩٨٤، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص ١٢٠؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج٤، ص ٤٩٨؛ محمد بن عبدالله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر العربي، ج٧، ص ٩٢.

(٥-٢) ابن قدامة المقسى، المغنى على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج٦، ص ١٨٨؛ إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب، مطبعة عيسى الحلبي، ج١، ص ٤٤٢.

والوقف باعتباره تصرفا تبرعيا لا يتلقى الواقف بموجبه أي مقابل مادي باعتبار أن قصد عمل البر والخير يستلزم حماية خاصة عند إنشائه في اقتضاء شكلية معينة لهذا التصرف (المبحث الأول) وأن يمنح الشخصية الاعتبارية لمجرد تمام التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول
الوقف تصرف شكلي أم رضائي

مما لا شك فيه أن الوقف باعتباره تصرفا تبرعيا ينطوي على مخاطر كثيرة بالنسبة للواقف لخروج المال الموقوف من ذمته المالية كما يمثل خطورة على الموقوف عليهم لصعوبة التأكد من وجودهم وخاصة إذا كانت الجهة الموقوف عليها هم طلبة العلم أو مراكز البحث العلمي أو المستشفيات. يضاف إلى ما سبق إمكانية إساءة استخدام الوقف للإضرار بالغير إذا كان الوقف ذريا أو أهليا لمخالفة قواعد الميراث لحرمان بعض الورثة في المستقبل أو تقسيم التركة بطريقة مخالفة للأنصبة المقررة.

ومما يؤسف له أن الأمر السامي الصادر في عام ١٩٥١ في شأن الوقف لم يتطرق إلى مسألة ما إذا كان الوقف تصرفا شكليا أم رضائيا، إلا أن الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، والشكلية استثناء لابد من نص تشريعي يقرره(٦). وعليه فإن الوقف تصرف رضائي لا يقتضي شكلية معينة لانعقاده كإبرامه في محرر رسمي أو قبض المال الموقوف. وقد أكد مشروع قانون الوقف هذا الاتجاه حين نص في المادة الثانية على «ينعقد الوقف بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الواقف عاجزا عنهما، انعقد الوقف بإشارته المفهّمة، ولا يشترط القبول في صحة الوقف».

وقد أكد القضاء الكويتي رضائية الوقف في العديد من أحكامه، ولا يشترط إفراغه في محرر مكتوب أو وثيقة رسمية موقع عليها من الواقف

---

(٦) د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ٤٥٦.

وهو مذهب الإمام مالك[7]. وقد تأكد مبدأ رضائية الوقف أيضا باتجاه القضاء الكويتي إلى عدم اشتراط الحوز (القبض) في الوقف، فينعقد الوقف حتى لو ظل المال الموقوف في حيازة الواقف ولم تنتقل حيازته إلى الموقوف عليه، فقد قضت محكمة التمييز: «وحيث إن هذه المحكمة انتهت إلى أن الوقف موضوع النزاع هو وقف خيري، وكان الأمر السامي الصادر في ١٩٥١/٤/٥م يسري على الأوقاف السابقة على تاريخ صدوره طبقا للمادة العاشرة منه، وكانت المادة الثانية تنص على أن: «الوقف الخيري نافذ ولو مات واقفه قبل الحوز سواء أكان خيريا، ابتداءً أم مآلا»، مما مؤداه أن الوقف الخيري لا يبطله عدم قبض الموقوف عليهم للمال الموقوف قبل موت الواقف، وغير صحيح ما يقوله المستأنفون من أن مقصود النص سالف البيان هو حوز الواقف، ذلك أنه يبين من الكتاب المرافق للأمر السامي السالف البيان ومذكرته الإيضاحية أن الأحكام الواردة في الأمر المذكور مستنبطة من مذاهب الفقهاء الأربعة دون التقيد بمذهب معين وأن حكم المادة الثانية بالذات مأخوذ مما قرره فقهاء الشريعة فيما عدا مذهب المالكية الذي يشترط لصحة الوقف قبض الموقوف عليهم للمال قبل المانع، الأمر الذي يدل على أن المشرع قصد في المادة الثانية من الأمر السامي عدم التقيد بمذهب الإمام مالك في هذا الصدد وأخذ بما يقول به فقهاء الشريعة من أمر قبض الموقوف عليهم لمال الوقف قبل موت الواقف غير لازم لصحة الوقف الخيري»[8]. وهو ما أخذ به مشروع قانون الوقف في مادته التاسعة[8-1].

(٧) طعن رقم ٨٣/٥، جلسة ٨٣/٦/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، وزارة العدل، يناير ١٩٩٤، ص١٨٣ .

(٨) طعن رقم ٧٩/٢ أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٠/٣/١٠- المرجع السابق، ص١٨٠.

(٨-١)يذهب المالكية إلى اشتراط القبض لتمام الوقف ولزومه (الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٤، ص ٧٠) واستدلوا على رأيهم بحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فإنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة - رضي الله عنها - وإنما فعل ذلك ليتم الوقف، كما استدلوا أيضا بقولهم إن الوقف كالهبة والصدقة، لأن فيه إزالة الملك =

يتضح مما سبق ذكره أن الشكلية بصورتيها الأكثر شيوعا، وهما المحرر الرسمي أو القبض، غير مشترطة في الوقف، وهنا يثور تساؤل عن مدى توافق مبدأ رضائية الوقف في الأمر السامي لعام ١٩٥١ مع ما هو مقرر في القانون المدني من شكلية عقد الهبة الذي لا ينعقد إلا بإفراغه في محرر رسمي أو بقبض الموهوب له للمال الموهوب(م٥٢٥/١)[٩].

وقد يكون من مبررات عدم اقتضاء شكلية معينة في الوقف، على خلاف ما هو مقرر في الهبة، هو حث الناس على فعل الخيرات وتذليل كل الصعاب أمامهم لإنشاء الوقف، وقد يكون أيضا من مبررات ذلك هو إمكانية الرجوع في الوقف وفقا لما نصت عليه المادة السابعة من الأمر السامي لعام ١٩٥١: «للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه خيريا كان أو أهليا»، وهو ما أكده مشروع قانون الوقف أيضا في المادة السادسة عشرة حينما استخدم النص ذاته الوارد في الأمر السامي لعام ١٩٥١.

إن المبررين السابقين لا يصمدان أمام النقد، ذلك أن نية عمل البر والخير لا يوقفها إجراء بسيط بإفراغ الوقف في محرر رسمي، فمن يرجو مرضاة ربه يضحي بنفيس ماله لا يمكن أن يتراجع عن الوقف أمام الموثق وإذا كان مترددا فإن مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه.

ثم إن القول بأن الوقف يختلف عن الهبة من حيث إن الوقف يجوز

= على وجه التبرع، وهما لا يتمان إلا بالقبض. وقد ذهب جمهور الشافعية (الشربيني، مغنى المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، ج٢، ص ٣٨٣) والإمام أحمد بن حنبل في الرواية المشهورة عنه (الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص ١٣) والإمامان أبو يوسف وهلال من الحنفية (شمس الدين السرخسى، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج١٢، ص ٣٥) إلى القول بعدم لزوم القبض في الوقف. وقد استدل أصحاب الرأي الثاني بما أثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيضا حين أوقف أرضه التي بخيبر في سبيل الله تعالى.

(٩) د. بدر جاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت ١٩٨٦، ص ١٥٤ وما بعدها.

الرجوع فيه بشكل مطلق، أما الهبة فلا يجوز الرجوع فيها إلا في حالات محددة في القانون المدني وبعد إذن القاضي مع كراهة ذلك شرعا لحديث المصطفى صلى الله عليه وسلم «الراجع في هبته كالكلب يلعق قيئه»، هو قول صحيح إلا أن الوقف لا يقل خطورة عن الهبة من حيث إن كليهما تصرف قانوني ناقل للملكية في الوقت الذي تختلف فيه الهبة عن الوقف في أن الأول عقد لا ينعقد إلا بتلاقي إرادتي الواهب والموهوب له، في حين أن الثاني تصرف قانوني بإرادة منفردة مما يزيد في خطورته. ولذا، فإنه من باب أولى اشتراط الشكلية في الوقف.

وقد أدرك واضعو مجلة الأحكام العدلية، وهي تقنين لفقه الإمام أبي حنيفة، أهمية هذه المسألة فاشترطوا الكتابة كوسيلة لإثبات الوقف حيث نصت المادة ١٧٣٩ من مجلة الأحكام العدلية على : «لا يعمل بالوقفية وحدها إلا إذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموقوف به والمعتمد عليه فحينئذ يعمل بها». كما أن القانون المصري يشترط إشهار الوقف لدى إحدى المحاكم الشرعية وفقا للمادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، وعليه، فقد قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: «مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف، أنه يشترط أن يصدر بالوقف إشهار رسمي ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية، فإذا لم يصدر إشهار بالوقف على هذا النحو، كان التصرف غير صحيح، ولا يعتبر موجودا في نظر القانون».(١٠)

يضاف إلى ما سبق ذكره أن عدم اشتراط الحوز (القبض) في الأمر السامي لعام ١٩٥١ يخالف أصلا أساسيا في فقه الشريعة الإسلامية وهو أن الوقف صدقة والصدقات لا تتم إلا بالقبض كالهبة والزكاة(١١)، وذلك لأن

(١٠) طعن رقم ٢٨ لسنة ٣٨ ت جلسة ١٩٧٢/١٢/٦ س ٢٣ ص ١٣٣، مشار إليه في، د. عبدالحميد الشواربي وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكام، منشأة المعارف ١٩٨٦، ص ٣٦.

(١١) الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٢، فقرة ٥٣، ص ٦٥.

التبرعات لا تصلح سببا للاستحقاق قبل التسليم(١٢). وقد يرد على ذلك بأن قياس الوقف على الصدقات قياس مع الفارق، حيث إن الوقف يقتضي حبس الأصل والتبرع بالريع، في حين أن الصدقات تؤدي إلى خروج المال من ملك صاحبه إلى مستحقيه(١٣)، فنقول إن هذه الحجة ليست داحضة، فالوقف يفضي إلى خروج المال الموقوف من ذمة الواقف ونشوء شخصية اعتبارية مستقلة للوقف.

أما القول بأن الوقف يجب أن يقاس على الإعتاق لما فيهما من إزالة الملك إلى غير مالك ولأنهما يمنعان التصرف بالبيع والهبة والوصية، وحيث إن الإعتاق لا يشترط القبض وإنما تكفى فيه العبارات الدالة عليه فإن الوقف بدوره لا يقتضي القبض، فهو قول يحتاج إلى مزيد من التمحيص(١٤)، فالإسلام يحرم العبودية إلا لله، وقد استخدم الشرع الإسلامي وسائل عديدة لإعتاق العبيد مثل الكفارات وغيرها، علاوة على أن الإعتاق تصرف لا يقتضي حبس الأصل والتصدق بالريع وهو تصرف لا يجوز الرجوع فيه، فهو استثناء لا يجوز القياس عليه.

وقد يقول قائل ما الحكمة في القبض إذا فرضنا أن الوقف هو الذي يعين الناظر ويخضع لسيطرته(١٥). فنجيب بأن الناظر يتمتع باستقلالية تامة ولا يجوز عزله إلا بحكم قضائي كما تشترك معه الدولة (وزارة الأوقاف أو الأمانة العامة للوقف) في إدارة الوقف وفقا لنص المادة السادسة من الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١. ونضيف إلى ما سبق أن الولاية على الوقف

---

(١٢) د. محمد عبدالسلام محمد الطيب، حكم الأموال الموقوفة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، الأزهر الشريف، من دون تاريخ، ص ٢٠٣.

(١٣) د. نزيه حماد، الحيازة في العقود الإسلامية، دمشق، دار البيان، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، فقرة ١٣٠، ص ١٥٤.

(١٤) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، فقرة ٥٣، ص ٦٦.

(١٥) د. محمد عبدالسلام محمد الطيب، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

لا تجوز للواقف عند المالكية وهو المذهب واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية في الكويت[١٦]، علما بأن فقهاء الحنفية يجعلون الولاية على الوقف للواقف بغير نص ثم لمن يوليه الواقف[١٧]. أما الحنابلة والشافعية فيذهبون إلى أن الولاية لمن شرطه الواقف، أما إذا لم تشترط الولاية لأحد فتكون للقاضي أو الحاكم[١٨].

وإذا كان القبض محل خلاف بين علماء المسلمين لإتمام الوقف، وإن كنا نرجح القول الذي يقضى بالقبض، فإن الأمر اليوم يلزم التشدد لفساد الذمم والتكالب على الدنيا. ونحن حينما نطلب اقتضاء شكلية معينة لانعقاد الوقف أو للزومه (وهذه تفرقة لا تعرفها بشكل واضح التشريعات الوضعية) فإننا لا نصر على اشتراط القبض وإنما يكون للواقف الخيار بين تسليم المال الموقوف أو توثيق الوقف أمام كاتب العدل قياسا على عقد الهبة تيسيرا على الواقف.

لذلك فإننا ندعو إلى تعديل المادة الثانية في مشروع قانون الوقف والتي تنص على: «ينعقد الوقف بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الواقف عاجزا عنهما انعقد الوقف بإشارته المفهّمة، ولا يشترط القبول في صحة الوقف». ونقترح أن يكون النص على النحو التالي : «لا ينعقد الوقف إلا بقبض المال الموقوف أو توثيقه في محرر رسمي. ولا يشترط القبول في صحة الوقف».

إن حرصنا الشديد على حماية إرادة الواقف وورثته والمستحقين هي الدافع إلى اقتراح شكلية معينة للوقف.فالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة الواقف

---

(١٦) د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة، الكويت، دار الفلاح، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ص ٥٥٦، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٤، ص ٧٣.

(١٧) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، فقرة ٢٨٨، ص ٣٣٧؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٦هـ، ج٦، ص ٢٣١.

(١٨) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، فقرة ٢٩٣، ص ٣٤٥؛ المهذب للشيرازي، مرجع سابق، ج١، ص ٤٤٥؛ منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الطبعة الأولى، المطبعة العامرة، ١٣١٩هـ، ج٤، ص ٢٦٥.

بغير عوض، وعليه، فإن اقتضاء شكلية معينة سيكون أداة لتدبر الواقف وتمحيصاً لإرادته. كما أن الشكلية مهمة جدا لورثة الواقف حتى لا يكون وسيلة لمخالفة قواعد الميراث وحرمانهم من حقوقهم في تركته، وهي فرصة لهم للتشاور معه في شأن الوقف. وأخيرا فإنه كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لخفاء التصرف وعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف، فقد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف أو قد تضيع الأدلة مع مرور الزمن.

المبحث الثاني
الشخصية الاعتبارية للوقف

لعل من أهم المشكلات القانونية التي تهم القائمين على الأوقاف في دولة الكويت هو معرفة ما إذا كان الوقف يتمتع بالشخصية الاعتبارية؟ ذلك أن الأمر السامي بتطبيق أحكام شرعية خاصة بالأوقاف والصادر بتاريخ ١٩٥١/٤/٥ لم يمنح الوقف الشخصية الاعتبارية، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني على خلاف ما هو مقرر في القانون المدني المصري الذي منح الوقف الشخصية الاعتبارية[١٩].

وقبل الإجابة عن التساؤل السابق يبدو مهما بيان أن الشخصية الاعتبارية تعني إيجاد ذمة مالية مستقلة للوقف، الأمر الذي يؤدى إلى التمييز بين حقوق وواجبات الناظر عن حقوق وواجبات الوقف وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد المسئولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الوقف، فإذا لم تكن نتيجة لإهمال الناظر، فإنه يكون ممكنا مطالبة الوقف قضاء بجبر الضرر.

وإذا ما راجعنا القانون المدني الكويتي وجدنا أن المادة الثامنة عشرة تشترط توافر عنصرين لمنح الشخصية الاعتبارية أولهما مادي أو موضوعي وهو يعني وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين. وثانيهما شكلي وهو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية وفقا للشروط والأوضاع التي يحددها.

---

(١٩) المادة ٥٢.

وإذا كان الأمر لا يثير أية مشكلة بالنسبة للعنصر المادي أو الموضوعي باعتبار أن الوقف هو مجموعة من الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين عادة ما يكون تحقيق البر والخير فإن المشكلة الحقيقية تكمن في العنصر الشكلي وهو الاعتراف بالشخصية الاعتبارية من قبل القانون وهو ما لا يتوافر بشكل صريح بالنسبة للوقف في الكويت. فهل معنى ذلك هو حرمان الوقف من الشخصية الاعتبارية؟

والحقيقة أن غالبية الفقه في الكويت تذهب إلى منح الوقف الشخصية الاعتبارية(٢٠). ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الفقه على الرغم من غياب نص تشريعي يمنح الشخصية الاعتبارية للوقف مستندين في ذلك إلى الاعتبارات الآتية:

أولا: إن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو لزوم الوقف باستثناء رأي الإمام أبي حنيفة(٢١) وخروجه من ملك صاحبه باستثناء مذهب المالكية. فإذا سلمنا بذلك وقلنا بخروج الوقف من ملك الواقف أو من ذمته المالية فإلى من ينتقل المال الموقوف؟ فهل يصبح مالا مباحا؟ أم ينتقل إلى شخص آخر؟

إن المال الموقوف باعتباره محلا لحق ملكية الواقف فإنه يتمتع بخاصية مهمة يتمتع بها أي حق ملكية، وهو أنه حق دائم لا يزول وإنما ينتقل من مالك إلى آخر(٢٢).

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية حينما أخرجوا الوقف من ملك صاحبه جعلوا له مالكا حتى لا يكون سائبا فقالوا إنه على ملك الله عند

---

(٢٠) د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، فقرة ٦١٧، ص ٥٣٤.

(٢١) د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص ٤٥٦ وما بعدها؛ شرح فتح القدير لابن الهمام، مرجع سابق، ج٦، ص٢٠٣.

(٢٢) د. غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٧ ص ٥٢، د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤، فقرة٢١، ص ١٣.

الصاحبين أو على ملك الموقوف عليهم عند بقية الفقهاء أو على ملك الواقف عند المالكية[٢٣]، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا بشكل واضح مفهوم الشخص الاعتباري، إلا انهم وصلوا إلى النتيجة ذاتها وهو تمليك الوقف لغير الواقف حتى لا يكون المال سائبة نزولا عند حكم الآية الكريمة «ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة»[٢٤]. وقد ذهب الإمام الرملي الشافعي في نهاية المحتاج إلى أن الوصية للمسجد صحيحة وإن أريد بها تمليكه لأن المسجد في منزلة شخص حر يملك[٢٥]. ويقول الإمام الزرقاني في شرح متن خليل عند الكلام عن الموقوف عليه، يجب أن يكون أهلا للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء أو أهلا للتملك كالقنطرة والمسجد[٢٦]. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تضمين الواقف أو الناظر إذا أساء التصرف في أموال الوقف أو خالف شروطه إذا كانت هناك خيانة أو تقصير أو تفريط[٢٧]. وقال فقهاء الحنفية بعدم انفساخ الإجارة في الوقف بموت الناظر مع إنهم يقولون بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين[٢٨].

إن هذه الأقوال قاطعة في أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون انتقال ملكية الوقف إلى شخص آخر، وإذا لم يطلقوا مصطلح الشخص الاعتباري على الوقف فإن حقيقة الأمر هي بالمعنى وليست بالمبنى.[٢٩]

وإذا كان هذا هو رأي الفقه الإسلامي في ملكية الوقف، فإن الأمر

---

(٢٣) د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص ٤٦٥ وما بعدها.
(٢٤) المائدة ١٣٠.
(٢٥) د. محمد طموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت،السنة الثانية، العدد الأول، ١٩٧٨، ص ١٤٨.
(٢٦) د. محمد طموم، مرجع سابق، ص ١٤٨.
(٢٧) د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث، ص ١٦٠.
(٢٨) د. مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٢٦١.
(٢٩) د. محمد طموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الأول، ١٩٧٨، ص ١٤٨.

يقتضي الاعتراف بالشخصية الاعتبارية باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم الوقف في الكويت وبالأخص مذهب الإمام مالك.

ثانيا: وإذا ما عدنا إلى أحكام القانون الوضعي وجدنا أن مفهوم الشخص الاعتباري تتجاذبه نظريات كثيرة وأن القانون قد يبدو متناقضاً في بعض الأحيان. ولكن ما يهمنا في هذا الصدد هو التأكيد على أن حقيقة الشخص الاعتباري هو إرادة شخص أو مجموعة أشخاص إعطاء استقلالية لنشاط معين أياً كان نوع هذا النشاط (تجاري، اجتماعي، خيري، رياضي... إلخ) لتحقيق هدف مشروع(٣٠). وهذه الاستقلالية تقتضيها ضرورات مادية ومحاسبية وقانونية. أما وجود ذمة مالية أو أهلية أو موطن أو اسم لهذا النشاط فهي نتيجة لشخصيته الاعتبارية. فالسؤال الذي يرد إلى الذهن أولاً هل يتمتع هذا النشاط بالشخصية الاعتبارية أم لا؟، ولكن لا يمكن الاستدلال على ذلك من خلال نتيجة حتمية لأي شخص اعتباري وهي الذمة المالية المستقلة أو غيرها.

وإذا ما أعملنا المعيار الذي أشرنا إليه على الوقف وجدنا أنه جدير بأن يعطي الشخصية الاعتبارية باعتبار أن الوقف هو مال أو أموال تخرج من الذمة المالية لصاحبها ويراد لها أن تعطي استقلالية بحيث تحمل الالتزامات وتكتسب الحقوق والوقف يسعى بالتأكيد إلى تحقيق هدف مشروع.

وقد يعترض البعض بأن شرطا أساسيا لا يتوافر في الوقف وهو الاعتراف الصريح من القانون بالشخصية الاعتبارية للوقف فنجيب على ذلك بالآتي:

١) إن القانون الروماني لم يعترف بالشخصية الاعتبارية إلا للدولة والمجموعات المنبثقة من الدولة(٣١). ثم تم التوسع في منح الشخصية

(٣٠) Jean PAILUSSEAU, le droit modern de la personnalite morale, R.T.D. Civil, n. 4, Oct. - Dec.1993, N.23 et s., P.713 et S.

(٣١) Gilles Goubeaux, Traite de droit civil, les personnes, L.G.D.J., 1989, N.11, P.19.

الاعتبارية في العصور الوسطى للمبرات (Charite) نتيجة لنشاط الكنيسة وازدياد النشاط التجاري ثم ظهور الحرف والمهن. كما أن مدونة القانون المدني الفرنسية كانت غير متسامحة في مسألة منح الشخصية الاعتبارية خوفا من الانتقاص من شخصية السلطة العامة[٣٢]. هذه المخاوف أدت إلى ظهور نظرية المجاز التي تقرر أنه لا يوجد أشخاص إلا الأشخاص الطبيعية أما الأشخاص الاعتبارية فلا يمكن أن توجد إلا بإرادة المشرع[٣٣]. وقد وجهت انتقادات كثيرة إلى هذه النظرية لعل من أهمها إعطاء الدولة أو المشرع سلطة واسعة في منح الشخصية الاعتبارية قد يساء استخدامها على الرغم من وجود حاجات ضرورية إلى هذه الشخصية الاعتبارية[٣٤]. وإذا سلمنا بأن الأمر يقتضي اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية فمن الذي منح الشخصية الاعتبارية للدولة[٣٥].

إن الانتقادات التي وجهت إلى نظرية المجاز أدت إلى هدم الأساس الذي تقوم عليه وظهور نظرية جديدة تأخذ بعين الاعتبار الواقع الاجتماعي والضرورات الفنية للأشخاص الاعتبارية وأطلق على هذه النظرية بنظرية الحقيقة. فالشخصية الاعتبارية تمنح حتى في حالة عدم وجود اعتراف من المشرع متى ما اتجهت إرادة الفرد أو الأفراد إلى منحه استقلالية مالية ودرجة من التنظيم كافية للتعبير عن إرادة المؤسس أو المؤسسين لتحقيق مصالح مختلفة عن مصالحهم[٣٦].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكمها الشهير الصادر بتاريخ ٢٨ يناير ١٩٥٤ والذي ينص على ما يلي:

---

(٣٢) المرجع السابق.

(٣٣) د. عبدالحي حجازي، مرجع سابق، رقم ٦٣٩، ص ٥٥١.

(٣٤) Boris Starck, Introduction au droit, litec, 1991, N.1066, P.426

(٣٥) Bernard Teyssie, les personnes, litec, 1995, N. 489, P. 242

(٣٦) المرجع السابق.

"Attendu que la personnalite civile n'est pas une creation de la loi, qu'elle appartien, en principe, a tout groupement pourvu d'une possibilite d'expression collectiove pour la defense d'interets licites, dignes, par suite, d'etre juidiquement reconnus et proteges."(٣٧)

وقد صدر هذا الحكم بمناسبة البحث عما إذا كانت لجان المشروعات التي أنشأها القانون والتي تتكون من مجموعة أعضاء يمثلون العمال ورب العمل في كل مشروع، تتمتع بالشخصية الاعتبارية. ثم واصل القضاء الفرنسي هذا التوجه بمناسبة اتحاد الدائنين في مجال إجراءات الإفلاس(٣٨) ولجنة الصحة والأمن وظروف العمل(٣٩) وغيرها.

وفي الاتجاه ذاته قرر المجلس الدستوري في فرنسا عدم دستورية بعض نصوص القانون الصادر في عام ١٩٧١ في شأن وضع شرط يقضي بفرض رقابة مبدئية على تأسيس جمعيات النفع العام مؤكدة أن مثل هذا القانون يصطدم مع مبدأ أساسي في الدستور وهو حرية تأسيس الجمعيات وأنه يكفى إخطار السلطات العامة لاحقا بالتأسيس(٤٠).

من جماع ما سبق ذكره نخلص إلى أن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يذهب إلى أن الشخصية الاعتبارية ليست وليدة حتمية لإرادة المشرع، فقد يوجد الشخص الاعتباري من دون اعتراف المشرع متى ما تبين من واقع الحال استقلالية الهدف الذي يسعى له واستقلالية المصالح التي يحققها.

والوقف تصرف إرادي بإرادة منفردة قصد الواقف إخراج المال الموقوف من ذمته المالية وإخضاعه لإرادة مستقلة من قبل الناظر ولتحقيق غاية مشروعة وهي عمل الخيرات، فهل يحرم الوقف من الشخصية الاعتبارية

(٣٧) Cass. Civ. 28 Janvier 1954, D. 1954, 217 note levasseur.

(٣٨) Cass. Com. 17 Janvier 1956, D. 1956, 265 note Houin.

(٣٩) Cass. Soc. 17 Avril 1991, Dr. Soc. 1991, 516.

(٤٠) Conseil Constitutionnel, 16 Juillet 1971, D. 1971, 685.

مع ما لها من أهمية خاصة في هذا المجال بحجة أن المشرع لم يعترف له بذلك وفقا لنص المادة ١٨ من القانون المدني ثم تمنح لبعض الأموال التي لا تحتاج إلى الشخصية الاعتبارية كما هو الحال بالنسبة لصناديق الاستثمار على سند من القول بأن القانون اعترف لهذه الأموال بالشخصية الاعتبارية!![٤١] على الرغم من المثالب الكثيرة لمنح الشخصية الاعتبارية لهذه الصناديق.[٤٢]

إن حصر الأشخاص المعنوية بتلك التي يعترف لها المشرع بذلك يصطدم مع الواقع العملي والضرورات الاجتماعية والعملية. فهناك العديد من المؤسسات في الكويت تقوم بأنشطة هادفة لم يعترف لها المشرع صراحة بالشخصية الاعتبارية، ومع ذلك يتم التعامل على أنها تتمتع باستقلالية عن مؤسسيها وبذمة مالية كمؤسسة الكويت للتقدم العلمي واتحاد الكويت والمبرات الخيرية.

٢) بالنظر إلى نص المادة ١٨ من القانون المدني يتبين بأن صياغته ليست حصرية، فهي تقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية ولم تقصر وسيلة اكتسابها على الطريقة هذه، فالباب مازال مفتوحا في القانون الكويتي لثبوت الشخصية الاعتبارية بغير هذه الطريقة، والقول بغير ذلك يؤدى إلى مغالطة لغوية كبيرة إذا أردنا احترام قواعد اللغة. فالمادة ١٨ هي تقرير لمبادئ استقر عليها القضاء مدة طويلة ولكنها لا تمنع من الاعتراف بالشخصية الاعتبارية في الحالات التي لم يقرر المشرع منحها. يعاضد هذا التفسير تحقيق مصالح الأفراد وتيسير أمورهم ورفع العقبات والحرج عنهم، وهي من القواعد المقررة في تفسير النصوص عند عدم وضوح التفسير اللغوي.

---

(٤١) المادة ١/٨ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٠.

(٤٢) د. حسن المصري، صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن، جامعة الكويت ١٩٩٥، ص ٢٠٢، رقم ١٣٦.

وبفرض وضوح النص لغويا وعدم حاجته إلى تفسير وأن الأمر يقتضي في جميع الأحوال اعتراف المشرع بالشخصية الاعتبارية لنشاط ما، فإننا نستطيع القول بأن الاعتراف ليس بالضرورة أن يكون صريحا وإنما يتصور أن يكون ضمنيا بالنظر إلى النصوص التشريعية الحاكمة للنشاط المراد معرفة مدى تمتعه بالشخصية الاعتبارية، فروح التشريع المعني والتقريب بين نصوصه ومقارنتها ودراسة ما إذا كان النشاط يتمتع بخصائص الشخص الاعتباري أدوات يمكن استخدامها للوصول إلى إجابة واضحة عن التساؤل الخاص بتمتع هذا النشاط بالشخصية الاعتبارية(٤٣).

إن دراسة أحكام الأمر الأميري لعام ١٩٥١ وما هو مقرر في مذهب الإمام مالك باعتباره المذهب واجب التطبيق في المسائل التي لم ينظمها الأمر الأميري تقضي بأن المشرع، وإن لم يصرح باكتساب الوقف للشخصية الاعتبارية، قرر حقوقا والتزامات لا يمكن أن تفرض إلا على الشخص الاعتباري. فعلى سبيل المثال المادة السادسة من الأمر الأميري تفرض وزارة الأوقاف (الأمانة العامة للأوقاف) ناظرا مشتركا مع الناظر المعين من قبل الواقف أو ناظرا منفردا في حالة عدم تعيين ناظر، كما أن المادة الثانية تؤكد نفاذ الوقف الخيري ولو مات الواقف، فإذا كان الوقف لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية فإن المال الموقوف يجب أن يقسم على الورثة. يضاف إلى ما سبق ذكره من عدم مسئولية الناظر عن الأضرار الناتجة عن المال الموقوف متى ما ثبت عدم تقصيره وفقا لما هو مقرر في فقه الشريعة الإسلامية(٤٤)، وكذلك عدم إمكانية عزل الناظر من قبل الواقف. وعليه، فإن الوقف لا يمكن تصوره إلا متمتعا بالشخصية الاعتبارية.

وعلى خلاف المال الشائع الذي لا يمكن أن يتصور تمتعه بالشخصية الاعتبارية من خلال دراسة النصوص الحاكمة له، فهو مال مآله إلى القسمة ولكل مالك حق طلب القسمة ولا يتصور التصرف بالمال الشائع إلا بإجماع

---

(٤٣) Gilles Gouveaux, Personnalite morale, droit des personnes et droit des biens, in etudes dediees a Rene Roblot, 1984, N.7, P. 204

(٤٤) انظر لاحقا المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني.

الشركاء باستثناء أعمال الإدارة. فروح هذه النصوص توحي بأن المشرع لم يرد ألبتة منح الشخصية الاعتبارية للمال الشائع علاوة على اعتبارات كثيرة لا مجال هنا لذكرها جميعا.

٣) للاعتبارات السابقة ذهبت محكمة التمييز صراحة إلى الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف في أحد أحكامها حينما نصت على : «لما كان ذلك وكان من المقرر أن ناظر الوقف هو وحده الذي يمثل جهة الوقف باعتبارها شخصية معنوية فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يكون في محله..»(٤٥). فهذا الحكم صريح بتمتع الوقف بالشخصية الاعتبارية وأن الناظر هو الشخص الوحيد الذي يمثل هذه الشخصية وليس الواقف أو الموقوف عليه أو شخص آخر. وقد أصاب هذا القضاء كبد الحقيقة كما أصابها القضاء المصري قبل صدور مدونة القانون المدني واعترافه صراحة بالشخصية المعنوية للوقف(٤٦).

---

(٤٥) طعن ٨٨/٢٦٨ تجاري، جلسة ١٩٩٠/٢/١١، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، وزارة العدل يونيو ١٩٩٦، ص١٠٣٠.

(٤٦) د. عبدالحي حجازي، مرجع سابق، رقم ٦١٧، ص ٥٣٥.

الباب الثاني

الحماية المدنية للوقف أثناء حياته

أولى القانون المدني الكويتي عناية خاصة للوقف بعد إنشائه تهدف إلى المحافظة على وجوده وقيمته كي يؤدى رسالته المنشودة. فقد يكون الوقف ضحية لإهمال الناظر أو تواطؤه مع الغير، وهو أمر يكثر حدوثه في الأوقاف باعتبار أنها خرجت من ملك الواقف والناظر ليس مالكا لها. وقد شاع للأسف شعور لدى البعض بالسعادة للولاية على أموال الوقف وأصبحت مغنما يتنافس عليه في وقت فسدت فيه الذمم وخربت فيه الأخلاق فاقتضى الأمر تدخل المشرع لحماية أموال الوقف.

ولقد تنوعت صور الحماية المقررة بحسب ما إذا كان المقصود حماية الوقف من الغير باعتبار الوقف طرفا في أحد التصرفات القانونية أو محلا لحق عيني (الفصل الأول) أو حماية الوقف في مواجهة الناظر ذاته (الفصل الثاني)

الفصل الأول

حماية الوقف في مواجهة الغير

إن الاعتداء على المال الموقوف قد يتم من خلال التصرفات القانونية التي يكون الوقف طرفا فيها (المبحث الأول) أو من خلال الاعتداء المادي على ملكية الوقف. (المبحث الثاني)

المبحث الأول

حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التصرفات القانونية

وضع المشرع قواعد عامة حمائية لجميع التصرفات القانونية التي يكون الوقف طرفا فيها (المطلب الأول) في حين اختص عقد الإيجار ببعض القواعد الخاصة (المطلب الثاني) باعتباره من أكثر العقود شيوعا في مجال الوقف من حيث إن الوقف يقتضي حبس الأصل وتوزيع الريع، وهذا لا يأتي إلا من استغلال العين الموقوفة من خلال عقود الإيجار.

المطلب الأول
صور الحماية العامة

تتمثل هذه الحماية في صورتين أساسيتين بصرف النظر عن طبيعة التصرف القانوني، الصورة الأولى هي إمكانية طلب إبطال التصرف القانوني إذا تضمن غبنا بالنسبة للوقف (الفرع الأول) والصورة الثانية هي عدم جواز التصرف بالمال الموقوف تصرفا ناقلا للملكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تعديل التصرفات القانونية التي يكون الوقف طرفا فيها للغبن

الأصل العام في القانون المدني هو عدم اعتبار الغبن سببا مستقلا لإبطال العقد وفقا لصريح المادة (١٦٢) إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون.

وإذا كانت دعوى الغبن ترمي إلى تحقيق تعادل بين ما يقدمه المتعاقد مع ما يأخذه، وهو لا يتوافر إلا في عقود المعاوضة، وإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد بما يمثل انتهاكا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الاستثناء لا يجد له أي مبرر إلا في حماية الجانب الضعيف في العقود كناقصي الأهلية أو عديميها أو للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف المادة ١٦٣[٤٧].

يتضح من ذلك أن هذه الأموال حصرا هي التي يمكن تعديل الالتزامات المتقابلة فيها. باعتبار أن من يمثل الدولة أو أشخاص القانون العام أقل حرصا على أموالها ومظنة الإهمال أو التواطؤ وكذلك الأمر بالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها.

والوقف بدوره يمكن أن يقع ضحية للتقصير أو أن يكون مستهدفا بالتلاعب فهو جدير بالحماية.

(٤٧) د. بدر جاسم اليعقوب، الغبن، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص٢٠٨.

الفرع الثاني
عدم قابلية الوقف للتصرف

إذا كان الوقف يستلزم حبس المال الموقوف والتبرع بمنفعته فإن الوقف يقتضي التأبيد، وهو قول جمهور الفقهاء باستثناء المالكية والشيعة الإمامية.(٤٨) ودون خوض في أدلة الفريقين والترجيح بينها، فإنه من المقرر فقها عدم جواز التصرف بالمال الموقوف تصرفا ناقلا للملكية بغير مسوغ شرعي سواء كان الوقف مؤبدا أو مؤقتا. وعليه، فإنه لا يجوز بيع الوقف أو هبته أو التصالح عليه. وقد قضت المحاكم ببطلان التصرفات التي يكون محلها مالاً موقوفاً. فمحكمة التمييز الكويتية قضت بعدم جواز رهن الوقف تأسيسا على عدم جواز التصرف فيه والحجز عليه: «تعتبر وصية منافع وغلات للأموال الموصى بها للخيرات وجهات البر ولمن يحتاج من أولاد الموصى وبالتالي تأخذ حكم الوقف لأن تأبيد الانتفاع يقتضي جعل العين موقوفة حتى يمكن تحقيق هذا التأبيد... وبالتالي لا يجوز لمنفذ الوصية رهن العقارات الموصى بها ضمانا لدين في ذمة ورثة الموصي أو غيرهم وأن فعل كان رهنه باطلا، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (٩٧٦) من القانون المدني تجعل رهن العقار الذي لا يصح بيعه استقلالا بالمزاد العلني، - ومنه العقار الموقوف - باطلا».(٤٩) كما قضت المحاكم في لبنان ببطلان بيع الوقف بغير مسوغ، وأوجب على المشتري رد المال الموقوف ليرجع وقفا مجددا.(٥٠)

---

(٤٨) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم ٥٧، ص٧٢، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٢٤، ص ٦٩-٧٠؛ جعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي، شرائع الإسلام)، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، ج١، ص ٢٤٩.

(٤٩) طعن ٩٣/٢٢/١٩ بجلسة ١٩٩٣/١٢/٢٦ (حكم غير منشور).

(٥٠) د. سليم حرين، الوقف، دراسات وأبحاث، منشورات الجامعة اللبنانية، بيروت، ١٩٩٤، رقم ٧٦، ص٨٣، حيث يشير إلى مجموعة من أحكام المحاكم أحدثها حكم لمحكمة التمييز اللبنانية، تمييز ٦٧/٤/٦، النشرة القضائية ١٩٦٧ ص٨٣٠، وحكم لمحكمة استئناف جبل لبنان، ١٩٦٨/١٠/١٩، ما تم ج١٠٤ ص٦٠.

إن قاعدة عدم جواز التصرف في المال الموقوف تنسجم مع نص المادة (١٦٧) من القانون المدني والتي تقضى بضرورة أن يكون محل العقد ممكنا وإلا وقع العقد باطلا. وإذ يقصد بذلك ألا يوجد مانع طبيعي (مادي) أو قانوني من نقل ملكية الشيء محل التعاقد أو إنشاء حق عيني عليه[٥١]، فإننا نؤكد عدم إمكانية التصرف في المال الموقوف باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء الحاكمة للوقف تمنع التصرف فيه. ومما يثبت ذلك حديث المصطفى (صلي الله عليه وسلم) لسيدنا عمر بن الخطاب، عندما سأله بأنه استفاد مالا ويريد التصدق به، فقال له: «تصدق بأصله. لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمرة» فتصدق به.[٥٢] يضاف إلى ما سبق ذكره أن تقرير عدم جواز التصرف بالمال الموقوف لا يعني تناقض ذلك مع ما هو مقرر عند المالكية والشيعة الإمامية من جواز الرجوع في الوقف، وهو ما أخذ به الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١ في مادته السابعة: «للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه خيريا كان أو أهليا، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك إلا في وقف المسجد وفيما وقف على المسجد فإنه لا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيه ولو شرط ذلك». إذ بالرجوع الصريح أو الضمني تنتفي عن المال صفة الوقف وتعود ملكيته للواقف ويكون له عندها الحق في التصرف فيه وفقا لما هو مقرر قانونا.

ولكننا نتساءل عما إذا كان بالإمكان الرجوع في الوقف ضمنا باعتبار أن ذلك تصرف قانوني يمكن التعبير عنه بجميع الوسائل، فهل بالإمكان اعتبار بيع المال الموقوف أو رهنه يتضمن رجوعا ضمنيا عن الوقف؟

إن الإجابة عن هذا السؤال هي بالإيجاب، حيث إن المادة السابقة للأمر

---

(٥١) Boris Starck, Droitcivil, Obligations, 2 - Contrat, Litec, 3eme Ed., 1989, N.501, P. 215.

(٥٢) السنن الكبري للبيهقى ج٦، ص١٥٩ – ١٦٠، مشار إليه في د. محمد عبد السلام محمد الطيب، مرجع سابق، ص٣٧٢.

الأميري السامي لعام ١٩٥١ لم تقيد حق الرجوع بأي قيد شكلي أو موضوعي وبالتالي فإن المسألة متروكة لتقدير الواقف، فهو حق مطلق له يمارسه متى شاء على كل المال الموقوف أو على جزء منه، ويستطيع أن يمارس هذا الحق بالتأكيد وكيله المفوض تفويضا خاصا ولا يستطيع ذلك القيم عليه إذا كان غائبا أو محجورا عليه ولا ورثته أو دائنوه.[٥٣]

وإذا كان هذا الحكم ينسجم مع ما هو مقرر في القانون الكويتي من عدم اشتراط شكلية معينة لإنشاء الوقف أو لإثباته فإنه يمثل خطورة شديدة على وجود الوقف من حيث إمكانية التحايل على مبدأ عدم جواز التصرف في المال الموقوف من خلال تكييف التصرفات الممنوعة بأنها تتضمن رجوعا ضمنيا عن الوقف.

ويمكن أن يقاس ذلك على ما ذهب إليه فقهاء الشافعية من جواز وطء الزوج لزوجته المطلقة رجعيا باعتبار أن ذلك يمثل إرجاعا ضمنيا بحسبان أن الفقه الشافعي لا يشترط الإشهاد في الإرجاع من الطلاق الرجعي[٥٤]، فالطلاق يحرم الزوجة على زوجها، ولذلك فالأصل أن تحصل إجراءات الرجعة أو الإشهار عليها ثم يمكن للزوج أن يطأ زوجته.

ولكننا نعتقد أن هذا المنطق غير سليم، فالقياس على إرجاع المطلقة طلاقا رجعيا بالوطء قياس مع الفارق بفرض صحة ما ذهب إليه الشافعية مع مخالفة جمهور الفقهاء لهذا الاتجاه، وإذ أجازه الشافعية فهو من باب تحقيق مصلحة الزوجين ومحاولة الإبقاء على العلاقة الأسرية.

ونضيف إلى ذلك أن التعبير الضمني عن الإرادة لا يجوز في الحالات التي يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجئ صريحا وفقا

---

(٥٣) د. سليم حرين، مرجع سابق، رقم٦، ص١٣.

(٥٤) د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢، ص٤٣٠.

للمادة (٣٥) من القانون المدني. ونعتقد أن جسامة الأثر المترتب على الرجوع عن الوقف توجب أن يكون التعبير صريحا[٥٥].

المطلب الثاني
صور الحماية في عقد الإيجار:

تضمن القانون المدني الكويتي نصوصا خاصة بإيجار الوقف هي المواد من ٦٣٩ إلى ٦٤٨، وقد تركزت حماية الوقف في حال إيجاره على مسألتين أساسيتين وهما تحديد المستأجر (الفرع الأول) ومدة الإيجار (الفرع الثاني).

الفرع الأول
من يستطيع استئجار الوقف.

خوفا من تأجير الوقف بأجر بخس تغليبا لمصلحة خاصة أو عائلية على مصلحة الوقف فقد حظرت المادة (٦٤١) من القانون المدني على الناظر تأجير الوقف لنفسه أو لزوجه أو لأحد أصوله أو لأحد فروعه. وهذا قول الإمام أبي حنيفة، أما الصاحبان فيجيزان التأجير للزوجة أو الأصول أو الفروع بأجر المثل ولا يغتفر الغبن اليسير عند الجميع[٥٦]. ولقد أخذ القانون المدني المصري في المادة (٦٣٠) بما قال به الصاحبان.

ونعتقد أن ما أخذ به القانون الكويتي أقرب للصواب، فالعلة في هذا الحظر ليست فقط عدم جواز تعاقد الناظر مع نفسه بالنسبة لاستئجار الناظر للوقف وإنما إبعاد الوقف عن شبهة الاستغلال ولا يكفي تقرير أن تكون الأجرة هي أجرة المثل حتى يقال بجواز تأجير الوقف على الأصول والفروع

---

(٥٥) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، فقرة ٩١، ص٩٢.

(٥٦) د. سليم حرين، مرجع سابق، رقم ١٧٧، ص١٦١؛ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج٤، ص ٤٥٦.

والزوج قولا من أنه قد يوجد من بينهم الفقير والمحتاج، فهؤلاء إما أن تتم محاباتهم على حساب الوقف على الرغم من وجود مثل هذا الشرط، وهنا تجدر الإشارة إلى صعوبة تعقب ذلك من الواقف أو ولي الأمر، أو يفرض عليهم أجرة المثل حقيقة، وهنا نقول ما فائدة ذلك بالنسبة لهم؟!

إننا نفضل التوسع في مجال الحظر في وقت ضعفت فيه مخافة الله واستخدمت فيه أموال الوقف لإكرام الأقرباء والأصهار والأصدقاء. وإذا كان المشرع قد تبنى الحظر المقرر في نص المادة(٥١٥) بالنسبة للسماسرة والخبراء من شراء المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ومد هذا الحظر لأزواجهم وأقاربهم وأصهارهم حتى الدرجة الثانية، فإن حماية الوقف تقتضي مثل هذا الحكم.

ومن المؤكد أن نص المادة (٦٤١) نص آمر وبالتالي فإن التأجير إذا حصل للأشخاص المذكورين فيها فإنه يقع تحت طائلة البطلان قولا واحدا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلبه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم به.

الفرع الثاني
مدة إيجار الوقف

إذا كان الأصل العام المقرر في عقد الإيجار هو عدم جواز أن تتجاوز مدته خمسا وعشرين سنة وفقا لنص المادة (٥٦٨) من القانون المدني فقد خرج المشرع على هذا الأصل بمناسبة تأجير الوقف مقررا بأنه لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين[٥٧]. وعلة هذا الاستثناء هي عدم تقييد الوقف مدة طويلة حتى لا يضار المستحقون. وتأجير الوقف مدة أطول يعطي الحق بطلب إنقاص المدة وفقا لنص المادة (١/٦٤٦). أما إذا لجأ الناظر إلى إنشاء عقود إيجار عديدة على العين الموقوفة ذاتها لمستأجر واحد فإنه قضى ببطلان العقود الباقية مع

(٥٧) إلا إذا كان هو الوقف أو المستحق الوحيد (مادة ٦٤٦).

صحة العقد الأول[٥٨]. كما قضى ببطلان الإجارة المعقودة قبل انتهاء الإجارة الجارية بمدة سنتين[٥٩]. إن هذا القضاء يمكن تأكيده في ظل المادة (٦٤٦) من القانون المدني الكويتي بحسبان أنها قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها. ولكن المشكلة الرئيسية تكمن في كيفية التوفيق بين نص المادة (٦٤٥) والتي تنص على «إذا لم يعين الواقف مدة الإجارة في كتاب الوقف، تؤجر الدار والحانوت وما إليها سنة، والأرض ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة تقضى الزيادة في إجارة الدار والحانوت، أو النقص في إجارة الأرض» ونص المادة (٢٠) من قانون إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ والتي تقرر مبدأ استمرارية عقد الإيجار بقوة القانون إذا كان المأجور عقارا[٦٠]. فإذا أمعنا النظر في النصين وجدناهما خاصين، فالأول نص خاص بالنسبة لعقد إيجار الوقف بشكل عام، إذ يقرر حكما خاصا بالنسبة لمدته يختلف عن الحكم العام، أما الثاني فهو نص خاص بالنسبة للعقارات يقرر حكما استثنائيا مخالفا لما هو منصوص عليه في المادة (٦٠٤) من القانون المدني من انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته. ومن المؤسف أن الفقه والقضاء لم يتصديا لهذه المشكلة، فلم نجد تعليقا لأحد شراح القانون المدني أو حكما قضائيا في هذا الصدد. ونعتقد أن اجتهادنا في هذا المضمار يمثل أهمية خاصة في دولة الكويت. فنقول ابتداء بأن نص المادة (٦٤٥) من القانون

(٥٨) استئناف بيروت المختلطة ٢٠، آذار ١٩٤٠، النشرة القضائية السنة الثانية ١٩٤٦ ، ص٦٣ من القسم الثاني، مشار إليه في د. سليم حريز، مرجع سابق، رقم ٢١١، ص١٩٢.

(٥٩) استئناف الإسكندرية، ٣٠ آيار ١٩١٧ ، النشرة ٤٥،١،٢٩، مشار إليه في د. سليم حريز، مرجع سابق، رقم ٢١١، ص١٩٢.

(٦٠) تجدر الإشارة إلى أنه تم تقليص نطاق تطبيق هذه المادة حيث إن العقارات التي تؤجر بغرض السكن يمكن أن يتم إخلاؤها إذا لم يحصل اتفاق بين المؤجر والمستأجر بعد مضي خمس سنوات وفقا للمادة ٢٦ مكررا (ب) والمضافة بموجب القانون رقم ٨ لسنة - ١٩٩٤.

المدني ونص المادة (٢٠) من قانون إيجار العقارات كلاهما من القواعد الآمرة والمتصلة بالنظام العام. فالأولى تهدف إلى حماية الوقف وعدم تقييده في المستقبل وإضعاف منفعته والثانية تهدف إلى حماية طائفة من الأشخاص بذلوا جهدا واسعا لتحقيق الشهرة التجارية أو المهنية فلا يجوز للمؤجر استغلال ذلك وتهديدهم بالإخلاء أو مشاركتهم في أرباح مشروعاتهم. إن تغليب أحد النصين على الأخر أمر ليس باليسير.

ولكننا نعتقد أن نص المادة (٦٤٥) واجب التطبيق في الفرضية التي نحن بصددها لأنه أكثر خصوصية من نص المادة (٢٠) من قانون إيجار العقارات، ذلك أن المادة (٢٠) من القانون المدني نظمت تأجير العقارات الموقوفة في حالة عدم تعيين الواقف مدة الإيجار وذلك بألا تتجاوز مدتها سنة بالنسبة للدار والحانوت، وثلاث سنوات بالنسبة للأرض إلا إذا اقتضت المصلحة الزيادة في إيجار الدار والحانوت أو النقص في إيجار الأرض.

وهذه المادة استثناء على القواعد العامة في إيجار الوقف وبالأخص المادة (٦٤٦) والتي تقضى بألا تتجاوز مدة الإيجار ثلاث سنين إلا بإذن القاضي. أما نص المادة (٢٠) من قانون إيجار العقارات فهو نص خاص بالنسبة لتأجير الأشياء ولكنه نص عام بالنسبة لنص المادة (٦٤٥). يضاف إلى ذلك أن قانون إيجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ قد صدر قبل مدونة القانون المدني، وبفرض أن هناك تعارضاً بين النصين لا يمكن تفاديه، وهو ما لا نؤيده، فإن النص الحديث يقيد النص القديم في مجال تأجير العقارات الموقوفة ويبقي أثر النص القديم قائما بالنسبة لبقية العقارات[٦١]. وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الأموال الموقوفة هي عقارات، رغم أنه يجوز وقف الأموال غير العقارية، باعتبار أن مؤدى الوقف هو حبس الأصل وتوزيع المنفعة والعقار يسهل حبسه والمحافظة عليه في حين أن المنقولات يمكن أن تستهلك مع الزمن، وهذا يقتضي إضفاء حماية أكبر على العقارات الموقوفة بإعمال حكم المادة (٦٤٥) وتعطيل حكم المادة (٢٠) من قانون إيجار

(٦١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، الكويت، ١٩٩٦، فقرة ٢٨٢، ص٣٢٠.

العقارات. وقد يقال إن في ذلك تضحية بمصلحة المستأجر ومبالغة في حماية الوقف، فنجيب بأن هذا النقد قد يكون وجيها قبل تعديل قانون إيجار العقارات وما يتضمنه من فكرة الامتداد القانوني لعقد الإيجار بالنسبة للعقارات التي تؤجر بغرض السكن، أما اليوم وبعد تضييق نطاقها فإن المتضررين من وجهة النظر التي نقول بها هم فقط طائفة المهنيين والتجار. وهذه الطائفة لن تتضرر من تطبيق حكم المادة (٦٤٥) من القانون المدني باعتبار أن القائمين على الوقف لن يغيب عن بالهم احترام قواعد السوق حتى لا تهجر العقارات الموقوفة، وهم من بعد ذلك حريصون على سمعة الوقف وتحقيق أغراضه الإنسانية والخيرية، ولا يتصور في الوقف الجشع الذي يمكن أن يتوافر في الأشخاص الطبيعيين حين تأجيرهم لعقاراتهم.

المبحث الثاني
حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية

الاعتداء على الوقف بالتعدي أمر ممكن الحصول سواء من قبل الأشخاص الذي يدعون ملكية بالحيازة (المطلب الأول) أو من قبل ناظر الوقف أو الواقف باستعمال حق الشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول
عدم الاعتداد بحيازة الوقف

إذا كانت أموال الدولة العقارية أو المنقولة تتمتع بحماية خاصة من اعتداء الغير عليها بالاستيلاء ثم ادعاء ملكيتها بمرور الزمن بموجب نص المادة (٩٠٦) من القانون المدني ومن قبل ذلك في تشريعات متعددة كالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن أملاك الدولة والقانون رقم ٧٥/٥ في شأن ادعاءات الملكية والقانون رقم ٦٩/٨ في شأن تحديد خط التنظيم العام فإن أموال الوقف لم تلق العناية ذاتها على الرغم من إمكانية تعرضها لمخاطر حيازة الغير لها وعدم اكثرات الناظرين لذلك أو تواطؤهم.

والحقيقة أن أموال الوقف ليست أموالا عامة حتى يمكن حمايتها بحكم المادة (٩٠٦)، فهي ليست مملوكة للدولة أو أي شخص اعتباري عام كما أنها ليست مخصصة للنفع العام، في حين أنه من المتصور أن يكون الوقف أهليا أو مقررا لمصلحة شخص أو طائفة من الأشخاص. وعليه، فإنه يجوز حيازته من قبل الغير وادعاء ملكيته[٦٢]. ولذلك فقد عدل المشرع المصري نص المادة (٩٧٠) من القانون المدني والقاضي بكسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم بمرور مدة ثلاث وثلاثين سنة بالقوانين أرقام ٥٧/١٤٧ و ٥٩/٣٩ و ٧٠/٥٥ بحيث أصبح نص المادة (٩٧٠) كالآتي: «في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثين سنة، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم.» وإمعانا في حماية أموال الوقف في الكويت فقد تم تعديل نص المادة (٩٠٦) من القانون المدني لمنع الغير من حيازتها وعدم الاعتداد بهذه الحيازة إذا حصلت، وهو التعديل الذي تم في يونيو ١٩٩٦ بناء على اقتراح من اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية. وهو توجه محمود من المشرع الكويتي يعزز حماية الأموال الموقوفة.

المطلب الثاني
حرمان الوقف من الشفعة

اختلف الفقه في بيان سبب منع الوقف من الأخذ بالشفعة بموجب المادة (٢/٨٩٣) من القانون المدني. فالبعض يرى أن سبب ذلك هو أن ناظر الوقف ليس مالكا للمال الموقوف حتى يطلب الشفعة، إذ أن من شروط الشفيع أن

---

(٦٢) د. عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكار، منشأة المعارف، ١٩٨٦، ص٨٨ وما بعدها.

يكون مالكا على الشيوع[٦٣]، والبعض يرى أن علة ذلك هو صيرورة المال المشفوع فيه وقفا وهو ما يتعارض مع أحكام الوقف من ضرورة الإشهاد الرسمي[٦٤]، وأخيرا يرى البعض أن علة الشفعة في حماية الملاك على الشيوع من الضرر غير متوافرة في الوقف[٦٥].

ونعتقد من جانبنا عدم كفاية هذه التبريرات، فالقول بأن الناظر ليس مالكا للمال الموقوف لا يكفي لحرمان الوقف من الأخذ بالشفعة، فمن المتصور أن يكون الشفيع شخصا معنويا، حيث إن الوقف شخص معنوي فإنه لا يوجد أي مانع منطقي لحرمانه من ممارسة حق الشفعة وهذا لا يتم إلا من خلال الممثل القانوني للوقف وهو الناظر. أما القول بأن إعطاء الوقف حق الشفعة يتعارض مع ضرورة الإشهار الرسمي، فهو قول يصدق بالنسبة للقانون المصري لأنه يشترط الإشهار الرسمي، أما في التشريع الكويتي فلا يشترط ذلك ألبتة وهذا ما استقر عليه قضاء التمييز[٦٦]، ومع ذلك فالإشهار الرسمي ليس مقررا كشكلية لإنشاء الوقف وإنما لإثباته، يضاف إلى ذلك أنه لا يوجد ما يمنع قانونا من ممارسة الشفعة على المال المشفوع فيه[٦٧]. أما إذا تم تبرير حكم المادة (٢/٨٩٣) بعدم توافر العلة من الشفعة باعتبارها

(٦٣) د. غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٧، رقم ٢٠٧، ص١٨٦؛ د. حسام الدين الأهواني، أسباب كسب الملكية في القانون المدني الكويتي، ذات السلاسل، ١٩٨٧، رقم ١٩٣، ص٢٢١؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أسباب كسب الملكية، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩١، رقم ٩٩، ص١١٤؛ د.محمد شكرى سرور، مرجع سابق، رقم ١٣٦، ص٩٢.

(٦٤) د. حسام الدين الأهوانى، مرجع سابق، رقم ١٩٣، ص٢٢١ ؛ د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، مرجع سابق، رقم ٩٩، ص١١٤.

(٦٥) د. محمد شكرى سرور، مرجع سابق، رقم١٣٦، ص٩٢.

(٦٦) طعن رقم ٨٣/٥ تجارى – جلسة ٨٣/٦/٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، وزارة العدل، يناير ١٩٩٤، ص١٨٣.

(٦٧) عندها لا يكون المال المشفوع فيه وقفا إلا بإرادة الواقف لأنه تم شراؤه من ريع المال الموقوف.

مقررة على خلاف الأصل، فنقول إن الضرر المحتمل والذي على أساسه تم إعطاء كل شريك على الشيوع حق الشفعة يمكن أن يتحقق بالنسبة للوقف كأي مالك آخر. إن الهدف من حرمان الوقف من الأخذ بالشفعة في نظرنا هو حماية فكرة الوقف ذاتها من حبس الأصل وتوزيع المنفعة وحماية المستحقين نتيجة حتمية لذلك، فالوقف ليس مؤسسة استثمارية أو رأسمالية تهدف إلى زيادة الأرباح وتوسيع قاعدة الملكية، إذ لا يجوز أن ينشأ وقف جديد إلا بموافقة الواقف ذاته وهو ما لا يمكن تحقيقه بواسطة الشفعة فالواقف ليست له ولاية على المال الموقوف. ثم إن ممارسة حق الشفعة، يتضمن مخالفة صريحة لإرادة الواقف، ففقهاء الشريعة الإسلامية لا يجيزون صرف منفعة الوقف إلا للجهات التي حددها الواقف، وقد شاع بين الفقهاء أن: «شرط الواقف كنص الشارع»[(٦٨)] إلا إذا خالف الشرع. وأجاز فقهاء المالكية للواقف عدم المساواة بين الأولاد كأن يأخذ العالم ضعف الجاهل أو الكبير ضعف الصغير أو حتى أن تأخذ الأنثى ضعف الذكر![(٦٩)] وكل ذلك احترام لإرادة الواقف. وقد صرح الإمام ابن عابدين بعدم زيادة الوقف إلا بشرط خاص من الواقف أو إذا وافق المستحقون[(٧٠)].

الفصل الثاني

حماية الوقف في مواجهة الناظر

الناظر هو الذي يملك الولاية على أموال الوقف، وتصرفاته في إدارة الوقف ربما تنطوي على إهمال أو تقصير يضر بالوقف، لذلك فهو مسئول في مواجهة الوقف إذا حصل ضرر لأصله أو لريعه (المبحث الأول) كما إنه مسئول أمام الغير عن الضرر الذي يلحق به بسبب إدارته للمال الموقوف (المبحث الثاني).

---

(٦٨) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم ١٣٢، ص١٤٥.

(٦٩) د. زكى الدين شعبان و د.أحمد الغندور، مرجع سابق، ص٥١٨.

(٧٠) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار السعادة، ١٣١٤هـ، ج٣، ص٤١٢.

المبحث الأول
مسئولية الناظر في مواجهة الوقف

إذا ترتب ضرر على الوقف في أصله أو منفعته فإن الناظر بلا شك مسئول عن ذلك ويطلب منه جبر الضرر. إلا أن تحديد نطاق هذه المسئولية وشروطها وآثارها يستلزم تكييف المركز القانوني للناظر. فهل هو أجير أم مقاول أم حارس أم وكيل أم هي جميعا ؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل فلابد من تحديد التزامات الناظر وفقا لما هو مقرر شرعا وقانونا. ويمكن تحديد التزامات الناظر بتنفيذ شروط الواقف، فحجة الوقف هي الدستور الذي يجب على الناظر الالتزام به وتنفيذه، كما يلتزم الناظر باستغلال الوقف وقبض ريعه وتوزيعه على مستحقيه بعد الصرف على صيانة الوقف ورفع ما عليه من حقوق، وأخيرا يقوم الناظر بتمثيل الوقف باعتباره شخصاً معنوياً وتأدية الحساب عن أعمال إدارته[٧١].

فأولا لا يمكن اعتبار الناظر أجيرا أو مقاولا، ذلك أن الأعمال التي يقوم بها أعمال قانونية وليست أعمالا مادية تتمثل في قبض الريع وإدارة الوقف وتمثيله أمام الغير. وثانيا من الصعوبة بمكان تكييف المركز القانوني للناظر على أنه حارس حيث إن الحراسة تقتضي «وضع مال متنازع فيه بيد أمين إذا كان من شأن بقاء هذا المال في يد حائزه أن يهدد بالخطر من يدعي لنفسه حقا فيه على أن يتكفل الأمين بحفظه وإدارته ورده إلى من يثبت له الحق فيه» (م٧٣٦ من القانون المدني)، فالوقف ليس مالاً متنازعاً فيه ابتداء، ودور الناظر يتعدى كثيرا دور الحارس فهو لا يلتزم برد المال المحروس بالإضافة إلى أن الناظر يمكن أن يتم تعيينه بحكم القانون بالنسبة لنظارة الدولة على الأوقاف الخيرية، في حين أن الحارس لا يتم تعيينه إلا من قبل أطراف النزاع أو من قبل القاضي.

(٧١) د. سليم حرين، مرجع سابق، رقم١٥٨، ص١٤٩.

والحقيقة أن المركز القانوني لناظر الوقف هو أنه وكيل، ذلك أنه يمثل الوقف في القيام ببعض التصرفات القانونية المفوض بها، ولكن المشكلة تكمن في أن الناظر لا يعين في جميع الأحوال من قبل الواقف أو الموقوف عليهم إذ من المتصور أن يتم تعيين الناظر من قبل القاضي أو من قبل القانون. وهنا يثور التساؤل عما إذا كان الواقف وكيلا فهو وكيل عن من؟ الواقف أم الموقوف عليهم؟ إن إضفاء صفة الوكيل على الناظر في جميع الأحوال يتنافى وأحكام القانون وفقه الشريعة الإسلامية، فالناظر كما قلنا سلفا يتصور تعيينه من قبل الواقف أو القاضي أو القانون. ويصعب القول بأن الناظر هو وكيل عن القاضي، وإذا فرضنا صحة هذا القول فالدولة وكيلة عن من ؟

وإذا كان القضاء قد حكم بتكييف المركز القانوني للناظر باعتباره وكيلا[٧٢]، فإننا نعتقد بأن التكييف الدقيق هو اعتبار الناظر نائبا قانونيا عن الوقف باعتباره شخصاً اعتبارياً لا يتضمن ميكانيكية معينة أو أجهزة تعبر عن إرادته لتعيين ممثل قانوني عنه. وأن هذه الولاية الخاصة على مال الوقف تتشابه إلى حد كبير مع الوصاية على مال القاصر. وإذا كان القانون قد أعطى للواقف حق تعيين الناظر، فإن هذا لا يقدح في صفته كنائب قانوني، ذلك أن الأب يستطيع أن يعين وصيا مختارا على أموال الصغير (مادة ١١٠ من القانون المدني).

إن هذا الاجتهاد يجنبنا ما يلي:

١ – الخوض في معرفة ما إذا كان الناظر وكيلا عن الواقف أم الموقوف عليهم، وهى مسألة محل خلاف في فقه الشريعة الإسلامية[٧٣].

٢ – حالة ما إذا كان الواقف هو الناظر، وهى مسألة جائزة عند جمهور الفقهاء[٧٤].

---

(٧٢) طعن رقم١١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ س١٧ ص١٨١٨ (مصر).
(٧٣) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم٣٢٨، ص٣٩٧.
(٧٤) د. محمد عبد السلام محمد الطيب، مرجع سابق، ص٤٩٧.

فهل من المتصور أن يكون الناظر وكيلا عن نفسه؟! وإذا توفي الواقف فيجوز أن تكون النظارة للمستحقين إذا كانوا معينين وراشدين عند المالكية والحنابلة(٧٥)، عندها سيعتبر المستحقون وكلاء عن من؟ هذه تساؤلات يصعب الإجابة عنها وتؤكد عدم انسجام فكرة الوكالة مع الوقف.

٣ – يضاف إلى ما سبق أن الوكالة تنقضي لأسباب كثيرة حددتها المادة (٧١٦) من القانون المدني تتنافى وطبيعة الوقف. فالوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل أو فقد أحدهما لأهليته. فهل يعقل أن يكون موت الواقف أو جنونه سببا لانتهاء ولاية الناظر !

إن ما ذهبنا إليه من اعتبار النظارة على الوقف نوعاً من أنواع الولاية الخاصة على أموال الوقف، وهى بهذا تكون إحدى صور النيابة القانونية(٧٦)، حيث يحدد القانون كيفية تعيين النائب ويبين صلاحية مسئوليته وحدودها.

فالقانون الكويتي أعطى للواقف حق تعيين الناظر، فسلطة الواقف في ذلك يستمدها من القانون كما هو الشأن بالنسبة للأب في تعيين وصي مختار على ابنه. وإذا لم يقم الواقف بتعيينه فإن النظارة تكون للدولة باعتبارها صاحبة الولاية العامة. كما أن صلاحيات الناظر مقررة في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع أن يشترط على الناظر الصرف أولا على المستحقين ثم ما تبقى يكون لعمارة الوقف، فهذا الشرط باطل(٧٧). وإذا ما سلمنا بأن الناظر نائب قانوني عن الوقف، فإنه يكون مسئولا عن المحافظة على أصله وغلاته وتكون يده يد أمانة وليست يد ضمان وهو إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية(٧٨). ويعنى ذلك أن الناظر مسئول إذا أهمل

---

(٧٥) د.محمد عبد السلام محمد الطيب، مرجع سابق، ص٥٠٧.

(٧٦) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، رقم ١٥٥، ص١٣٦،

- Boris Starck, Obligation, Contrat, Op. At., No. 210, P. 91

(٧٧) د. زكى الدين شعبان و د. أحمد الغندور ، مرجع سابق.

(٧٨) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم٣٢٧، ص٢٩٧.

أو قصر في المحافظة عليها ولكنه لا يسأل إذا كان هلاكها أو خرابها لسبب أجنبي. ولذلك يضمن الناظر في الأحوال الآتية[٧٩]:

١ – إذا قصر في حفظ الغلة وترتب على ذلك تلفها.

٢ – إذا أهمل في توزيع الغلة دون مسوغ ثم هلكت.

٣ – إذا استدان دون إذن من القاضي ولا شرط من الواقف، فلا يحكم على الوقف وإنما على الناظر.

٤ – إذا باع أعيان الوقف باستبدالها ثم تأخر كثيرا في شراء أخرى حتى زادت الأثمان واستحال الشراء.

٥ – إذا وظف الغلة في زيادة أصل الوقف دون شرط الواقف أو رضاء المستحقين.

وفي المقابل لا يضمن الناظر في الأحوال الآتية[٨٠]:

١ – إذا تعذر عليه قبض بدل الإيجار دون تقصير منه.

٢ – إذا هلكت العين الموقوفة بقوة قاهرة كالزلزال أو الفيضان.

٣ – إذا تخربت أعيان الوقف بسبب خطأ الموقوف عليهم.

وهذا يتفق مع ما هو مقرر في عقد الوكالة من وجوب بذله عناية الشخص العادي إذا كانت الوكالة بأجر وبذل العناية التي يبذلها في أمواله الخاصة إذا كانت الوكالة من دون أجر (م٧٠٥ من القانون المدني) وقد قضى بأن ناظر الوقف يكون مسئولا عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته وعن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر[٨١].

(٧٩) د. سليم حريز، مرجع سابق، رقم١٨٩، ص١٦٩.

(٨٠) د. سليم حريز، مرجع سابق، رقم١٩٠، ص١٧٠.

(٨١) طعن رقم٢٤٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ س٢٣، ص٩٦٣؛ طعن رقم٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٣ س٢٤، ص١٠٢٩.

المبحث الثاني
مسئولية الناظر في مواجهة الغير

والأصل أنه إذا حصل ضرر من الوقف فإنه يلتزم بالتعويض إلا إذا أثبت أن تقصير الناظر وإهماله هما سبب الضرر، فعندها يكون الناظر مسئولا شخصيا وأمكن الرجوع عليه كما لو أهمل في العناية بأعيان الوقف حتى أصابت أعيانا أخرى مجاورة للغير وألحقت بها الضرر[٨٢]، أو كما لو أهمل الناظر في إبلاغ خلفه بأن دائن الوقف قد أحال حقه لمصلحة شخص أخر وأوفى الناظر الجديد الدين للدائن الأصلي، كان الناظر الذي أعلن بالحوالة مسئولا شخصيا[٨٣]. ومما لا شك فيه أن تقرير مسئولية الناظر عن الأضرار الناتجة عن سوء تصرفه يشكل حماية قوية للوقف حتى لا تستنزف أمواله في تعويضات سببها إهمال الناظر واستهتاره. ولكن يتبادر إلى الذهن سؤال دقيق يتعلق بمعرفة ما إذا كان يجوز للمضرور في الأحوال التي يكون فيها سلوك الناظر هو سبب الضرر من أن يرفع دعوى المسئولية على الوقف باعتباره متبوعا وفقا لنص المادة (٢٣٨) من القانون المدني ؟

وهنا لا يمكن أن تكون الإجابة إلا بالنفي، فالناظر ليس تابعا للوقف فهو لا يتلقى تعليماته من الوقف ولا يخضع لتوجيهاته، وليست للوقف أية سلطة على الناظر، ولذا، فإنه من الصعوبة بمكان ادعاء مسئولية الوقف باعتباره متبوعا (م٢٤٠ من القانون المدني)، وإذا كانت هناك ثمة رقابة يمكن ممارستها على الناظر فهي تكون من المستحقين، فلهم محاسبة الناظر وإلزامه بتقديم كشف حساب عن ريع الوقف[٨٤]، كما للقاضي سلطة رقابة على أعمال الناظر وتصرفاته وله سلطة عزله، وهذه السلطات المقررة

---

(٨٢) بداية لبنان الجنوبي، تاريخ ١٩٤٥/٢/٢١، النشرة القضائية اللبنانية – ١٩٤٥، القسم الأول ، ص٢١٩.

(٨٣) استئناف الإسكندرية، تاريخ ٧ آيار ١٩٢٥، النشرة ٣٧/٤١٠.

(٨٤) طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥، س١٣، ص١٠٨.

للمستحقين وللقاضي لا تقوم على أساس النيابة عن الوقف وإنما لأن للمستحقين حقاً مستقراً ومؤكداً يعطيهم الحق في مخاصمة الناظر وإلزامه بدفع حقوقهم أو طلب إلزامه بالتعويض، والقاضي يمارس سلطة الرقابة من خلال ما يرفع إليه من شكاوى الواقفين أو الموقوف عليهم ولكن ليست له سلطة الرقابة المسبقة والتفتيش على أعمال النظار، ومن هذا المنطق، فإننا نجد صعوبة في قبول إحدى المحاكم الذي ألزم الوقف بتعويض المضرور عن أخطاء الناظر[٨٥]. وإذا كنا قد قلنا سلفا بأن الناظر هو نائب قانوني عن الوقف فإن حدود هذه النيابة ومقتضياتها والمسئولية الناتجة عنها يحددها التشريع الذي أوجد هذه النيابة، ولا يتصور أن يكون المناب مسئولا عن تصرفات النائب وخاصة إذا كانت هذه النيابة قانونية فرضها القانون حماية للأصيل. فهل من يراد حمايته يقع عليه نتيجة أخطاء من يفترض فيه الدفاع والحماية عن مصالحه.

والوقف ليس مشروعا تجاريا أو مهنيا حتى يقال بأن الغرم بالغنم، فهي أموال تحتاج إلى رعاية لتحقيق أهداف خيرية. والقول بغير ذلك يعنى تحميل الوقف ما لا يتحمل وتكبيد الوقف تعويضات ضخمة تحصد كل ريع الوقف وربما أصله بما يخالف إرادة الواقف.

---

(٨٥) نقض مصرى، طعن رقم٢٦٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤، س١٩، ص١٢٦٧.

الباب الثالث
الحماية المدنية للوقف عند مماته

يموت الوقف بانتهائه سواء بانقضاء مدته إذا كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم. كما يحصل أن تضمحل قيمة الوقف مع الزمن إما نتيجة لضعف الريع وزيادة عدد المستحقين بحيث لا يجدي استمراره أو تقوم الدولة بنزع ملكية الوقف للمنفعة العامة. إذا انتهى الوقف فإن الأمر يقتضي قسمة المال الموقوف (الفصل الأول) أما إذا قامت الدولة بنزع ملكية للمنفعة العامة أو إذا كان من الأنفع شراء عين غير العين الموقوفة فإن هذا يسمى استبدالا (الفصل الثاني). والمهم عندنا في هذا المقام دراسة الحماية المقررة للوقف في حال قسمته أو استبداله، ففي الأولى يموت الوقف، أما في الثانية فتعاد فيه الحياة بشراء عين أخرى.

الفصل الأول
الحماية المدنية في قسمة الوقف

القسمة ترمي إلى إزالة حالة الشيوع في مال معين، وهي بهذا المعنى لا تكون إلا في مال شائع. فهل الوقف مال شائع تجوز قسمته ؟ أم هو ملكية مفرزة ؟ مبنى المسألة هو اختلاف الفقهاء في أصل ملكية الوقف فيما إذا مازال باقيا على ذمة الواقف أم يصبح ملكا للموقوف عليهم أم يكون على ملك الله ؟

وإذ قررنا سلفا بأن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو اكتساب الوقف للشخصية المعنوية، فإن أموال الوقف تكون ملكا لهذا الشخص، فهي ليست ملكا للواقف أو الموقوف عليهم. وعلى هذا الأساس ذهب الحنفية[٨٦]

(٨٦) د. سليم حرين، مرجع سابق، رقم ٢٥١، ص٢١٦.

والمالكية[٨٧] إلى عدم جواز قسمة المال الموقوف. ولكن الحنابلة أجازوا قسمة الوقف قسمة تمليك، لأن الأموال الموقوفة هي ملك الموقوف عليهم لا ملك الواقف حسب الراجح عندهم[٨٨]. وقد أخذ مشروع قانون الوقف في الكويت بما هو مقرر في المذهب الحنفي لأن الموقوف عليهم يشعرون بالغبن الشديد بسبب إدارة النظار وأنهم أقدر على رعاية الوقف (المواد ٤٣ إلى ٤٦).

ومع احترامنا الشديد للتبرير الذي قيل وعلى الرغم من الضوابط التي وضعت في هذا المجال وبالأخص قابلية المال الموقوف للقسمة وعدم حصول ضرر بعين الوقف، فإننا نرى عدم صواب هذا الاتجاه لمخالفته لماهية الوقف، فالمال الموقوف لم يعد بعد الوقف ملكا لشخص طبيعي وإنما أصبحت له شخصية اعتبارية مستقلة وملكية المال الموقوف تكون لهذا الشخص الاعتباري وليست ملكية شائعة تجوز قسمتها.

ولذلك، فإن الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١ لم يتطرق إلى هذه المسألة بحسبان أنها من المسائل المتفق عليها في مذهب الإمام مالك من عدم جواز قسمة الأعيان الموقوفة. وإذا كانت هناك من مشكلات في إدارة النظار فإن علاجها لا يكون في القسمة وإنما في تفعيل وسائل الرقابة على عمل النظار ومحاسبتهم. فالقسمة مؤداها موت الوقف وتقليل قيمته حتى وإن كان قابلا للقسمة. وعملا فإنه لا يمكن إجراء القسمة في الوقف الخيري لأن المستحقين غير معينين تعيينا حصريا، فالقسمة تكون مستحيلة، أما إذا كان الوقف ذريا فهنا يجب التمييز بين الوقف المقرر لأشخاص محصورين كأولاد الواقف من الأبناء والبنات دون النزول إلى الفروع وبين ما إذا كان الوقف مقررا لذرية الواقف من فروعه وإن نزلوا وما شابه ذلك، ففي

---

(٨٧) د. زكى الدين شعبان و د. أحمد الغندور ، مرجع سابق، ص٥٨٥.

(٨٨) د. سليم حريز، مرجع سابق، رقم٢٥١، ص٢١٦.

الفرضية الأولى يمكن تصور قسمة المال الموقوف، أما في الثانية فإن القسمة تكون مستحيلة، ذلك أن تعلق حق الموقوف عليهم في الفرضية الأولى أقوى، ولكن حتى في هذه الفرضية فقد تكون المنفعة مقسمة على المستحقين بغير ما هو مقرر في قواعد الميراث، ولذلك فإن المشكلة ستكون في اختلاف أنصبه المستحقين وفقا لحجة الوقف مع ما هو مقرر في قواعد الميراث. إن المشكلات العملية الكثيرة التي ستوجدها قسمة المال الموقوف علاوة على عدم استحقاق الموقوف عليهم لأي جزء في أصل الوقف ترجح عدم الأخذ بالفكرة.

أما إذا كان المقصود بالقسمة هو توزيع المال الموقوف بانتهاء الوقف، فإننا لا نكون حقيقة بصدد قسمة للمال الموقوف على المستحقين، فقد قررت المادة التاسعة من الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١ أيلولة ملكية المال الموقوف إلى الواقف إن كان حيا ثم ورثته بحسب أنصبتهم الشرعية ثم أي الورثة إذا انتهى الوقف بانقضاء مدته أو بانقراض الموقوف عليهم في حين قررت المادة الثامنة أيلولة ملكية الوقف إلى الواقف إن كان حيا ثم إلى الموقوف عليهم إذا كان انتهاء الوقف ناتجا عن خراب الأعيان الموقوفة مع عدم إمكان تعميرها أو الانتفاع بها انتفاعا مفيدا.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام المقررة في المادتين الثامنة والتاسعة المشار إليهما تخص الأوقاف الأهلية فقط، مما يمكن معه القول وفقا لمفهوم المخالفة بعدم جواز قسمة مال الوقف الخيري. من كل ما سبق نخلص إلى أن أفضل حماية للمال الموقوف تتمثل في عدم جواز قسمته سواء كان الوقف أهليا أو ذريا احتراما لإرادة الواقف وانسجاما مع حقيقة الوقف، واستثناء من ذلك تؤول ملكية الوقف إلى الجهات التي حددها القانون بانتهاء الوقف سواء بانتهاء مدته إذا كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم أو تهدم الوقف وتخرب أعيانه وعدم إمكان الاستفادة منه.

الفصل الثاني
الحماية المدنية في استبدال الوقف

ومما لا شك فيه أن الوقف تضمحل قيمته بمرور الزمن وتقل منفعته تبعا لذلك ويكون من الأنفع استبداله بوقف آخر أو قد تؤول ملكية الوقف إلى الدولة بناء على قرار لنزع الملكية للمنفعة العامة، ومن ثم، يستخدم مقابل نزع الملكية في شراء عقار أو منقول آخر. ومما يسترعى انتباهنا في هذا المقام هو نص المادة الرابعة من الأمر الأميري لعام ١٩٥١: «يجوز استبدال الوقف خيريا أو أهليا بما هو أنفع منه استقلالا أو سكنى كما يجوز استغلال الموقوف للسكنى. وسكنى الموقوف للاستغلال إذا كانت المصلحة تقضى بذلك».

ولا جدال في أن هذا النص متأثر بما هو ثابت في فقه الحنفية من جواز الاستبدال على خلاف المالكية والشافعية الذين تشددوا فيه ولم يجيزوه إلا في أحوال نادرة،[٨٩] وقد تساهل الحنابلة في الاستبدال، فقد أجازوه في حالات الضرورة.[٩٠]

ويبدو لنا وجاهة رأى الحنفية في إجازة الاستبدال لأنه وسيلة لإحياء الوقف وزيادة ريعه ونمائه، ولكن المشكلة تكمن في إمكانية إساءة استخدام الاستبدال لمصالح خاصة بالناظر أو أقربائه أو لغيرهم مما يؤدى إلى فناء الوقف أو الانتقاص من غلته، وعلى هذا، فالاستبدال سلاح ذو حدين.

ونعتقد أن وضع ضوابط للاستبدال هي الضمانة الأساسية للحفاظ على الأموال الموقوفة وهو ما يفتقده القانون الكويتي. ويمكن أن تكون الضوابط تتعلق بالحالات التي يجوز فيها الاستبدال (المبحث الأول) أو في خضوع الاستبدال لموافقة القضاء (المبحث الثاني).

---

(٨٩) الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، رقم ١٦٢، ص١٧٤.

(٩٠) الإمام محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، رقم ١٦٣، ص١٧٦.

المبحث الأول
حصر حالات الاستبدال

ومما يؤسف له أن المادة الرابعة من الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١ حينما أخذت بما هو مقرر في مذهب الإمام أبى حنيفة ولم تأخذ بما هو مشهور في مذهب الإمام مالك، لم تحدد الحالات التي يجوز فيها الاستبدال أو الضابط الذي على أساسه يجوز الاستبدال. فتركت المسألة من دون أية قيود وهو ما يستدعى تدخل المشرع تشريعيا للأخذ بالضوابط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء. وإذا كانت المادة الرابعة من الأمر الأميري قد حددت سبب الاستبدال لشراء مال آخر أنفع من المال الموقوف فإن هذا ليس ضابطا، إذ قد يحدث أن تنزع الدولة ملكية الوقف للمنفعة العامة، وهنا لا يمكن القول بأن هذا أنفع للوقف، وإنما الضرورة أو المصلحة العامة اقتضت مثل هذا الأمر. وعليه، فإنه من الأفضل تعديل نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوقف بحيث لا يجوز الاستبدال في حال عدم موافقة الواقف أو اشتراطه الاستبدال إلا في حالة الضرورة وليس فقط المصلحة، لأن مفهوم المصلحة أوسع بكثير من مفهوم الضرورة الذي يمكن تحديد مضمونه بشكل أكثر انضباطا. فالضرورة لا تكون إلا حيث تكون هناك مصلحة عامة لإقامة مشروع منفعة عامة أو أيلولة الوقف إلى التخرب وعدم إمكانية إعماره بما يؤدى إلى الحفاظ على الوقف واستمراره في أداء وظيفته. ولذا، نقترح تعديل نص المادة ١٣ على النحو التالي:

أ - للواقف أن يختص نفسه باشتراط الشروط العشرة، أو ما يشاء منها، وأن يكررها، على ألا تنفذ إلا في حدود هذا القانون.

ب - إذا لم يشترط الواقف لنفسه الاستبدال، كان للمحكمة المختصة متى رأت المصلحة في ذلك. **هذا ولا يفوتنا التذكير** بتطبيق جميع القيود الواردة على التصرف في المال الموقوف من حيث عدم وجود غبن فاحش وعدم وجود صلة قرابة بين الناظر والمتصرف إليه إلى درجة معينه يحددها المشرع وغيرها من الضوابط.

المبحث الثاني
الحصول على موافقة القاضي

وإمعانا في حماية الأموال الموقوفة فإن فقهاء الحنفية يشترطون موافقة القاضي إذا لم يشترط الواقف الاستبدال(٩١)، وذلك للتأكد من وجود حالة الضرورة، وحتى لا تكون هناك أية مغامرة في أموال الوقف. وتجدر الإشارة إلى أن الأمر الأميري السامي لعام ١٩٥١ لم يشترط تدخل القاضي لإتمام عملية الاستبدال، إلا أن وزارة الأوقاف، استصدرت إذنا عاما من القضاء في جواز الاستبدال في جميع أموال الوقف وهو الإذن الصادر في القضية رقم٨٦١/١٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢(٩٢). ولا ريب أن الحكم المذكور محل نقد شديد حيث ينص منطوقه على: «أذنا لوزارة الأوقاف العامة إذنا عاما بإبرام ما تراه لمصلحة الأوقاف المسئولة بنظارتها في الكويت أو خارجها بالبيع والشراء بثمن المثل واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك لدى إدارة التسجيل العقاري وقبض الثمن أو دفعه على أن يشترى بثمن المبيع عقارا آخر لجهة وقفه حكمه كحكمه وشرطه كشرطه».

فهذا الحكم يتنافى مع قاعدة خالدة في قانون المرافعات المدنية والتجارية من عدم جواز إصدار القاضي لأحكام عامة، فدوره قاصر على إصدار حكم في نزاع محدد من حيث أطرافه ومحله وسببه، أما الأحكام العامة فهي باطلة وإن كانت المسألة المعروضة تتعلق بإحدى مسائل القضاء الولائي.

فالقاضي ليس مشرعا حتى يصدر أحكاما عامة، وهو ما يقتضيه

---

(٩١) د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص٥٣٥؛ شرح فتح القدير لابن الهمام، مرجع سابق، ج٢٦، ص ٢٢٧.

(٩٢) قضية رقم ٨٦١/١٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢، حكم غير منشور.

الدستور من ضرورة الفصل بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، ثم من بعد ذلك فإن إعطاء إذن عام كما هو الحال في الحكم المشار إليه يلغي سبب وجود مثل هذا الإذن في ممارسة الرقابة الفعلية على ناظر الوقف عند إجراء الاستبدال.

وخيرا فعل مشروع قانون الوقف حينما قرر خضوع الاستبدال لموافقة المحكمة المختصة متى رأت المصلحة في ذلك وفقا لحكم المادة ١٣-ب منه.

الخلاصة

إحياء الوقف وضمان سلامته واستمراره يستدعي تدخل المشرع بشكل سريع، فلا يعقل أن يخضع الوقف إلى يومنا هذا إلى قانون قديم صدر قبل الحركة التشريعية في البلاد ويعتوره الكثير من القصور، كما لا يعقل عدم صدور مشروع قانون الوقف الذي أعد قبل مدة ليست بالقليلة.

وإذا كان واضعو مشروع القانون من فقهاء الشريعة الإسلامية قد بذلوا جهدهم لرعاية الوقف ومحاولة إصدار مشروع القانون في أحسن حالة مستعينين بجميع المذاهب الفقهية، فإن من الضرورة بمكان تدخل فقهاء القانون الوضعي لتوظيف أدوات التشريع الحديثة، وحتى يكون هناك انسجام بين ما هو مقرر في مشروع قانون الوقف وبين ما هو مقرر في القانون المدني وخاصة بعد تنقيحه من كل ما يخالف الشريعة الغراء واعتماد الشريعة الإسلامية مصدرا للقاعدة القانونية بعد أحكام التشريع الوضعي.